

# 特許法 102 条 3 項に規定する 「特許発明の実施に対し受けるべき 金銭の額」の解釈についての一考察



会員 牧山 皓一\*

## 要 約

特許法 102 条 3 項は、「特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる」旨を規定する。従来の規定では、その実施に対して『通常』受けるべき金銭の額に相当する額の金銭の賠償を請求することができる旨の規定であったが、平成 10 年特許法の改正で、『通常』という文言を削除した。これにより、特許発明の価値や、当事者の業務上の関係や侵害者の得た利益等の訴訟当事者間において生じている諸般の事情を考慮して、実施料相当額の認定をできるようにしたとされている。

そこで、平成 10 年改正法前後の裁判例を分析して、102 条 3 項に規定する「特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額（以下、実施料相当額という）」の算定方法が変化しているのかを見ていくことにする。また、裁判において、「実施料相当額」を算定する際に考慮されている事項は何かを検討する。更に、「実施料相当額」の算定方法の提案を試みることにする。

## 目次

1. はじめに
2. 平成 10 年改正法前後の裁判例における「実施料相当額」の算定方法
  2. 1 平成 10 年改正法施行前の裁判例
  2. 2 平成 10 年改正法施行直後の裁判例
  2. 3 最近の裁判例
3. 「実施料相当額」の算定方法
4. おわりに

### 1. はじめに

特許法 102 条 3 項は、「特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる」旨を規定する。本条は、権利者が侵害により被った損害の立証が困難であることを考慮し、民法 709 条の特則として設けられた規定であり、実施料相当額を損害額として賠償請求できる旨を規定したものである。「従来の規定では、その実施に対して『通常』受けるべき金銭の額に相当する額の金銭の賠償を請求することができる旨の規定であったが、平成 10 年特許法の改正

で、『通常』という文言を削除した。これにより、特許発明の価値や、当事者の業務上の関係や侵害者の得た利益等の訴訟当事者間において生じている諸般の事情を考慮して、実施料相当額の認定をできるようにした<sup>(1)</sup>と説明されている。

そこで、平成 10 年改正法前後の裁判例を分析して、特許法 102 条 3 項に規定する「特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額（以下、実施料相当額という）」の算定方法が変化しているのかを見ていくことにする。また、裁判において、「実施料相当額」を算定する際に考慮されている事項は何かを検討する。更に、「実施料相当額」の算定方法の提案を試みることにする。

### 2. 平成 10 年改正法前後の裁判例における「実施料相当額」の算定方法

#### 2. 1 平成 10 年改正法施行前の裁判例

平成 10 年改正前の特許法 102 条 2 項（現行 3 項）にいう「通常受けるべき金銭の額」の算定方法は、大別して以下の方法がある<sup>(2)</sup>。

(1) 特許権者等の実施許諾の例による算定

\* 湘南国際特許事務所 所長

「通常受けるべき金銭の額」の解釈については、「客観的に相当な額であって、当該特許権についての既存の実施契約例の許諾料ではない」とする考え方と、「通常実施権が設定されているときは、その通常実施権についての実施料にならうべきである」との考え方があり、裁判例は、必ずしも後者に依拠しているわけではないが、当事者間の事情を考慮しないことを明らかにした判決が多い。

例えば、東京地裁平成元年 10 月 13 日判決「コンクリート側溝事件」<sup>(3)</sup>は、原告が「既存のライセンス契約では、一時金及び販売額の 3% の実施料の支払いを受けていたが、被告の場合は一時金を支払っておらず、また、係争中であるから友好的な実施権者の場合の 2 倍の 6% が実施料相当額である」と主張したのに対して、裁判所は、「係争中であるからといって、その者に対する関係で実施料率を高くすべき理由はない」として、実施料相当額は販売額の 3% が相当であると判示している<sup>(4)</sup>。

#### (2) 国有特許権実施許諾契約書の実施料算定方法による算定

特許庁で作成された「国有特許権実施許諾契約書」に規定されている実施料率算定方法を基準に実施料を算定する方法<sup>(5)</sup>で、実施料率についての当事者の主張立証が十分でない場合に、裁判所は当該基準を採用している。

例えば、東京地裁平成 4 年 9 月 30 日判決・平成元年(ワ)第 2277 号「製袋機の封着部離間装置事件」で裁判所は、「被告製品全体の構成と被告離間装置の関係に原本の存在及び成立に争いのない甲第六号証によって認められる国有特許権実施契約書の実施料率に関する基準等を勘案すれば、前記認定の各基礎額に製造販売台数を乗じた額の二%をもつて補償金の額と認めるのが相当であり、その額を計算すると一二九万二〇〇〇円となる。」と判示している<sup>(6)</sup>。

#### (3) 特許発明の属する業界の一般的な実施料率を基準とした算定方法

社団法人発明協会が発行している「実施料率」のデータを参考にして実施料率を算定している裁判例が多い。

例えば、東京地裁平成 2 年 2 月 9 日判決・昭和 56 年(ワ)第 3940 号「クロム酸鉛顔料事件」で裁判所は、「クロム酸鉛顔料が属する無機化学の分野での実施料率を参考としてみるに、例えば、社団法人発明協会発

行の「実施料率(第三版)」(乙第三一号証の一ないし四)によれば、イニシャルペイメントのない場合の実施料率は、昭和四三年から同五二年までの全五一件中、実施料率が販売価格の一〇%である例が五件存在するのであり、これに菊池工業に対する本件発明(一)及び本件発明(二)の実施料の具体例として、一キログラム当たり三五〇円の例が存在することを加味すれば、本件発明(一)又は本件発明(二)の実施料率は、被告製品の販売価格の一〇%と考えるのが相当であり、そして、被告製品の販売価格は、一キログラム当たり少なくとも八〇〇円を下ることではないから、本件発明(一)又は本件発明(二)の実施料相当額は、一キログラム当たり少なくとも八〇円である。また、仮に、右実施料率が相当と認められないとしても、本件発明(一)又は本件発明(二)の実施料率は、右「実施料率(第三版)」に記載されているように、無機化学の分野でのイニシャルペイメントがない場合の実施料率の平均値である五%を下回ることはないというべきである。」と判示している<sup>(7)</sup>。

改正前の実施料相当額の算定方法は、裁判所が弁論の全趣旨から自由な心証により実施料相当額を算定した裁判例もあるが<sup>(8)</sup>、上述したような過去の実施許諾の例、業界の一般的な実施料率、国有特許権実施許諾契約書に規定されている実施料率算定方法の例による算定が多い。すなわち、個々の特許権の価値や特許権者のライセンス戦略等の個別の事情を考慮した実施料相当額の算定ではなく、過去の実施許諾の例と大きく相違しない実施料相当額を算定していると思われる。

これは、特許法 102 条 2 項(現行 3 項)の「通常」の文言に囚われていたのではないかという疑問が湧いてくる。

## 2. 2 平成 10 年改正法施行直後の裁判例

平成 10 年改正法が施行された平成 11 年 1 月 1 日から平成 16 年 12 月 31 日までの 6 年間に、特許法 102 条 3 項及び実用新案法 29 条 3 項を適用して損害賠償請求が認められた裁判例 42 件<sup>(9)</sup>の分析を行い、実施料相当額を算定する際に考慮された主要素を分類すると以下ようになる。

(1) 特許発明の技術内容と効果の程度を考慮して、実施料相当額を算定したもの

例えば、東京地裁平成 11 年 9 月 22 日判決・平成 9

年(ワ)第 10031 号「スロットマシン事件」は、リール停止時間間隔制御装置の実用新案権侵害について、「本考案の内容は、従来の電動型スロットマシンにおいては遊戯者が複数の停止スイッチを同時に押すと一緒に止まっていたのに対し、本件考案はいずれか一つだけが止まるようにしたものである」と認定した上で、他社には極く低額の実施料で実施許諾した例があるとの被告の主張にかかわらず、実施料額は 5% が相当であるとしている<sup>(10)</sup>。

(2) 特許権の過去の許諾例を参考にして実施料相当額を算定したもの

例えば、東京地裁平成 11 年 11 月 30 日判決・平成 7 年(ワ)第 2708 号「複合プラスチック成型品の製造方法事件」は、複合プラスチック成型品の製造方法の特許権侵害について、訴外 A に正味販売価格の 3% で実施許諾の例があること、本件発明は被告製品（防塵マスク）の一部（面体部分）の製造に用いられているにすぎないことから、被告製品の卸価格の 3% を相当と認定している。一部侵害寄与率を考慮して、実施許諾例と同率の実施料率としたものである<sup>(11)</sup>。

(3) 侵害であることを考慮して、過去の許諾例より高い実施料率を算定したもの

例えば、平成 15 年 7 月 9 日判決・平成 14 年(ワ)第 9061 号「5 相ステップモータの駆動方法事件」は、「原告の損失（損害）や被告の利得の算定につき、本件発明の実施料率を検討するに当たっては、本件発明の有する意義を検討する必要がある。・・・、本件発明によれば、従来方法によるよりも小さい電流容量の電源を使用することができるという作用効果を奏するものである（効果）。そして、実際上も、本件発明は、日本電産シンボ株式会社により（結果的にせよ）実施されるなど、相応の使用実績が認められるところである。本件発明の実施に際して締結された実施許諾契約における具体的な実施料率（3%）を全く無視することもできない。ただし、適法な取引関係を前提として約された実施料率は、円滑な取引関係の継続や販売の促進という種々の取引的要素を考慮して定められることも多いから、これをそのまま不当利得又は損害賠償の額の算定に反映させるのも相当でない。実施料率も長期にわたる本件発明の実施を前提として比較的低率に定められたものと推認される。さらに、一時金の支払があったことも、約定の実施料率を低率にとどめた事情と評価し得る。以上のような点を総合考慮すれば、

原告の損失（損害）又は被告の利得を算定するに当たっての本件発明の実施料率としては、ST15A の販売価格の 4% が相当である。」と判示している。

(4) 業界の実施料率を考慮して、実施料相当額を算定したもの

例えば、大阪地裁平成 12 年 1 月 25 日判決・平成 9 年(ワ)第 9458 号「植物からミネラル成分を抽出する方法事件」は、「無機化学製品の分野での技術の実施許諾契約における実施料率は、少なくとも売上高の 5% を下らないものと認められる。」として、被告製品の販売高に 5% を乗じて実施料額を認定している<sup>(12)</sup>。

(5) 侵害であることを考慮して、業界の実施料率よりも高い実施料率で実施料相当額を算定したもの

例えば、東京地裁平成 12 年 7 月 18 日・判決平成 9 年(ワ)第 19789 号「ヒンジ事件」では、鉄鋼製品又は金属製品の技術分野において、その通常の実施料は、売上額の 2 ないし 5% であり、原告が請求できる実施料相当額は、売上高の 1% が相当であると被告が主張したのに対して、裁判所は「平成一〇年法律第五一号による特許法改正によって置かれた現行の特許法一〇二条三項は、侵害を発見された場合に支払うべき実施料相当額が誠実にライセンスを受けた者と同じ実施料額では、事前にライセンスを申し込むというインセンティブが働かず、侵害行為を助長しかねないという右改正前の特許法一〇二条二項に対する批判を受けて、特許権侵害に対する民事上の救済制度の見直しを図った規定であって、同項の『その特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する額』との規定から『通常』を削除した上、同条三項に移されたものであるところ、実際、ライセンス契約では、被許諾者において、発明の実施品の販売数量の多寡にかかわらず一定金額（最低保証料）を支払わねばならず、一定の事由のあるときを除いて契約の解除ができず、また、万一当該特許が無効とされた場合であっても支払済みのライセンス料の返還を求めることができないなどの制約を契約上負担させられるのが通常であるのに対して、特許権侵害の場合には、侵害者は、これらの契約上の制約を負わないという点だけを見ても、既にはるかに有利な立場に立つものである。そしてこのことは、本件の被告においても、当てはまる場所である。」として、被告製品の売上高の約 10% に相当する額を実施料相当額と認定した<sup>(13)</sup>。

(6) 特許発明の被告製品における寄与率と実施料率とのバランスを考慮して実施料相当額を算定したもの

例えば、大阪地裁平成 13 年 11 月 27 日判決・平成 8 年(ワ)第 4753 号「自動ボウリングスコア装置事件」は、原告が本件発明の寄与度 20%、実施料 4%と主張したのに対して、裁判所は「本件発明の利用率(寄与度)は、システム全体の単なる価格割合や機能比率のとどまるものとはいえず、10%をもって相当とすると認める」とした上で、「被告製品における本件発明の利用率(寄与度)を認定したことを前提とすると、他に特段の主張立証のない本件においては、一般的な数値として販売価格の 4%をもって相当と認める」と判示した<sup>(14)</sup>。寄与率を原告主張から減じたこととバランスをとる意味で、実施料率は原告主張通りとしているようにも思える。

(7) 特に具体的な理由を述べずに、実施料相当額を算定しているもの

例えば、大阪地裁平成 12 年 2 月 1 日判決・平成 10 年(ワ)第 8461 号「縦型埋込柵柱事件」は、原告が「本件実用新案権の実施料相当額は、売上額合計の 7%を下らない」と主張したのに対して、裁判所は「本件に現れた一切の事情を総合考慮すると、本件実用新案権の実施料相当額は、被告物件の販売価額に 5%を乗じて得られた額とするのが相当である」と判示しているが、具体的な算定理由については述べられていない<sup>(15)</sup>。

平成 10 年改正法施行後に、特許法 102 条 3 項及び実用新案法 29 条 3 項を適用して実施料相当額の賠償請求を認めた裁判例について分析した結果、同法改正前の裁判例と比較して、特許発明の技術内容、被告製品販売への寄与等を考慮して妥当な実施料相当額を算定しようとするものが多くなってきている。また、過去の実施許諾料率・業界の実施料率等を基準としながらも、侵害行為であることを考慮して高率な実施料率を採用したもの等があり、全体として適切な実施料相当額の補償を実現しようとする姿勢が見える。

しかし、過去の実施許諾料率・業界の実施料率等をそのまま採用したもの、特許発明の寄与率と実施料率のバランスを考慮したと思われるもの、具体的な理由を示さずに実施料率を算定しているものもある。

たしかに、適切な実施料相当額の基準を提示するこ

とは簡単ではなく、ある程度裁判所の裁量に委ねられる点は認めるとしても、原告及び被告が主張する実施料相当額を変更した理由を明示すべきである。

### 2. 3 最近の裁判例

平成 20 年 1 月 1 日から平成 26 年 6 月 1 日までの 6.5 年間に、特許法 102 条 3 項及び実用新案法 29 条 3 項を適用して損害賠償請求が認められた裁判例 36 件<sup>(16)</sup>の分析を行い、実施料相当額を算定する際に考慮された主要要素を分類すると以下のようになる。

(1) 特許権者等が過去に実施許諾をした例がある場合

特許権者等と被疑侵害者が過去に実施許諾契約を締結している場合は、当該実施許諾における実施料率を基準に特許発明の価値等の考慮要素を参酌して実施料率を増減している。

例えば、東京地裁平成 24 年 1 月 24 日判決・平成平成 22 年(ネ)第 10032 号「ソリッドゴルフボール事件」で、裁判所は「一審被告は、原判決が、本件での実施料率につき 5%としたことにつき、過大であり、……を考慮して、許諾例を前提に実施料率を算出すべき旨主張する。また、一審被告は、本件訂正発明の内容、他の構成の代替可能性、本件訂正発明の寄与度、一審被告の高いブランド力、営業努力につき、本件訂正発明の実施料率の減額要素として考慮すべき旨主張する。確かに、実施料率を定めるに際し、当事者間において許諾例が存在する場合、その内容が当事者の意思を最もよく反映しており、当該業界における実施料率の統計値よりも実態に近いものと認められるから、本件でも、……を検討することとする。また、一審被告が主張する上記の各事情についても、実施料率を検討するに当たっては重要な考慮要素であるから、これらについても同様に考慮することとする。……以上の事実及び前記(1)オ(イ)認定の各事実を総合的に考慮すると、本件での実施料率としては 3%が相当と認める。」と判示している

特許権者等が被疑侵害者以外に許諾した例が存在する場合は、当該許諾の状況と特許権者等と被疑侵害者との関係等を比較考量して実施料率を算定している。

例えば、東京地裁平成 23 年 12 月 26 日判決・平成 21 年(ワ)第 44391 号「ゴミ貯蔵機器事件」で、裁判所は「本件において、原告は、コンビ社との間で総代理店契約を締結し、同社に対して独占的販売権を付与し

ているから、原告において、重ねて被告に対して実施許諾をする場合には、実施料率が高くなるのが推認されることからすると、旧アプリカが原告とダブルブランドとして MARK II, MARK III を販売していた時期があり、旧アプリカが市場開拓に相応の努力、貢献をしたものと推認されること、被告による新製品販売開始後、コンビ社の市場における販売シェアが低下していることを考慮したとしても、実施料率は相当高くなるというべきであり、上記諸事情を考慮し、特許法 102 条 3 項の「その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」を算定するための相当実施料率は 10% と認めるのが相当である。」と判示している。

(2) 特許権者等が過去に実施許諾した例がない場合  
過去の許諾例が存在しない場合は、被疑侵害者製品と同様または類似する製品の実施料率を基準に特許発明の価値等の考慮要素を参酌して実施料率を増減している裁判例が多い。

例えば、東京地裁平成平成 26 年 3 月 26 日判決・平成 23 年(ワ)第 3292 号「電池式警報器事件」で、裁判所は「相当実施料率について (ア)被告製品は、住宅用火災警報器であり、日本標準産業分類において F304 に分類されるものであるところ (甲 49)、社団法人発明協会発行に係る「実施料率〔第 5 版〕」(甲 50)によれば、上記 F304 が関連する技術(「19. ラジオ・テレビ・その他の通信音響機器」)についての平成 4 年度から平成 10 年度までの実施料率は、イニシャルありが 3.3%、イニシャルなしが 5.7% であり、また、最頻値はイニシャルあり・なしいずれも 1% であることが認められる。なお、上記実施料率は、昭和 63 年度から平成 3 年度までの実施料率と比較すると、イニシャルありが 3.1% から 3.3% に、イニシャルなしが 3.4% から 5.7% にいずれも上昇していることが認められる。(イ)他方、本件発明の作用効果は前記(1)エ(エ)でみたとおりであり、警報器の機能において一定の重要性が認められるものの、その作用効果が極めて大きいものとまでみることができないことは前述のとおりである。(ウ)以上の事情に加え、被告製品が本件発明 1, 2 及び 4 のいずれの発明の技術的範囲にも属するものであることも併せ考慮すれば、被告製品の売上高に 5% を乗じた額が、本件特許の特許権者が本件発明(本件発明 1, 2 及び 4 を併せたもの。)の実施に対し受けるべき金銭の額として相当であると認められる。」と判

示している<sup>(17)</sup>。

過去に実施許諾した例がない場合に、同一または類似する製品の他の実施料率を参考にしないで、特許発明の作用効果、代替技術の有無等を直接評価して実施料率を算定した裁判例もある。

① 特許発明の作用効果を評価して実施料率を算定した裁判例として、東京地裁平成 25 年 1 月 24 日判決・平成 22 年(ワ)第 44473 号「護岸の連続構築方法および河川の拡幅工法事件」がある。当該事件で裁判所は、「特許法 102 条 3 項による損害額について(ア)実施料相当額の損害について a 本件発明は、前記ア(ア)のとおり、コンクリート護岸又は石材等で構成した護岸の改修工事や補強工事を行うための護岸の連続構築方法に関する発明であるところ、本件発明の作用効果を発揮するのは、鋼管杭を回転圧入できる鋼管杭圧入装置を用いて構築した鋼管杭列から反力を得ながら先端にビットを備えた切削用鋼管杭でコンクリート護岸を打ち抜いて連続壁を構築する部分であり、護岸工事全体から見れば、重要ではあるものの、一部分にすぎないから、このことを基本として、本件に現れた諸事情を総合考慮すれば、本件発明の実施料率は 2.8% であると認めるのが相当である。」と判示している<sup>(18)</sup>。

② 特許発明の作用効果に加えて侵害製品の利益率の高さを考慮して実施料率を算定した裁判例として、東京地裁平成 24 年 5 月 23 日判決・平成 22 年(ワ)第 26341 号「油性液状クレンジング用組成物事件」がある。当該事件で裁判所は、「売上高を基礎として、「その特許発明の実施に対し受けるべき金額に相当する額」(特許法 102 条 3 項)を算定すべきこととなるところ、原告管理本部副本部長作成に係る報告書(甲 45)によれば、被告 150mL 製品の利益率は、低く見積もっても 40% を下回ることはあり得ないとされている上、被告の営業利益率は●省略●% であるとされており(乙 52)、被告各製品の利益率は、相当に高いものとみることができ。本件各発明は、手や顔が濡れた環境下で使用することのできる、透明であり、かつ、適度な粘性を有する油性液状クレンジング用組成物を提供することをその作用効果とするものであるところ、被告各製品は、手や顔が濡れた環境下で使用することができるクレンジングオイルとして販売されているものであり、水のようにサラサラとしたテクスチャーで液だれしやすいなどの従来品におけるデメ

リットを改善し、適度な厚みがある（すなわち、適度な粘性を有する）旨が宣伝広告において強調されているものであり（甲 6, 40 の 1・2・5, 41）、さらに、被告各製品が、使用時において内容液を手に出して使うことが予定されているものであることも考慮すれば、透明であることも、その商品の特性として重要な要素を占めているものと解することができる。そうすると、本件各発明に係る作用効果が被告各製品の特性の中核をなしているものということができる。これに加えて、被告各製品が、本件各発明をいずれも侵害するものであることを考慮すると、被告各製品に関し、本件各発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額を算定するための相当実施料率は●省略●%と認めるのが相当である。」と判示している。

③ 被告製品における特許発明の価値を顧客の購入動機等から判断して実施料率を算定した裁判例として、知財高裁平成 24 年 3 月 22 日判決・平成 23 年(ネ)第 10002 号「切餅事件」がある。当該事件で裁判所は、「被告製品（別紙物件目録 1 ないし 5）における侵害部分の価値ないし重要度、顧客吸引力、消費者の選択購入の動機等を考慮すると、被告が被告製品（別紙物件目録 1 ないし 5）の販売によって得た利益において、本件特許が寄与した割合は 15%と認めるのが相当である。上記した本件発明の内容、被告製品（別紙物件目録 1 ないし 5）に対する本件発明の寄与度等を考慮すると、本件発明の実施料率は、売上額の 3%を超えないものと認められる・・・」と判示している。

④ 被告製品の構成、特許発明の内容を総合的に判断するという抽象的な表現で実施料率を算定した裁判例として、知財高裁平成 21 年 5 月 25 日判決・平成 20 年(ネ)第 10088 号「対物レンズと試料との位置関係を逆にして拡大像を得る方法とその応用事件」がある。当該事件で裁判所は、「被告製品 1 及び被告製品 2 の構成、被侵害権利の内容及び上記事情に照らせば、被告製品 1 及び被告製品 2 の製造、販売による本件特許権及び本件カード意匠権の侵害について、実施料相当額は、需要者への販売価格の 10 パーセントと認めるのが相当である。」と判示している。

(3) 特許権者が実施の準備をしていた期間についての実施料率の算定という特殊なケースであるが、特許法 102 条 1 項の算定方法と同様な方法で実施料率を算定した裁判例として、東京地裁平成 22 年 11 月 18 日判決・平成 19 年(ワ)第 507 号「飛灰中の重金属の固定

化方法及び重金属固定化処理剤事件」がある。当該事件で裁判所は、「イ平成 15 年 1 月 24 日から同年 3 月 31 日までの期間について(ア)上記期間においては、いまだ原告が原告製品の販売を行っていないことから、被告製品の販売によって原告が受けた損害として、特許法 102 条 1 項によって算定される逸失利益に係る損害を認めることはできないが、同法 102 条 3 項に基づく実施料相当額の損害を認めることはできるので、以下では、本件各発明の実施に対し受けるべき金銭の額について検討する。本件各発明について、特許法 102 条 3 項の「実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭」（実施料相当額）を算定するに当たっては、原告による本件各発明の実施許諾の実例が存在しないため、現実の実施料率を参考として相当な実施料率を算定することはできない。しかるところ、原告は、OEM3 社について、原告にもたらす経済的利益という意味では実質的には本件特許権の実施許諾先と異ならないなどとして、原告において OEM3 社が製造する原告製品を販売することによって得られる利益額の販売価格に対する割合をもって、上記実施料率算定の一つの指標となり得る旨主張する。そこで検討するに、OEM3 社が原告製品の製造委託先となったのは、原告が、本件特許権の侵害品を自社製品として製造、販売していた OEM3 社との間で和解交渉を行った結果、平成 18 年 4 月以降は、OEM3 社が同一製品を原告からの製造委託により原告製品として製造、販売する旨の合意が成立したという経緯によるものであること（前記(1)イ(ウ)b(b)②）、その後の OEM3 社製原告製品に係る単位数量当たりの利益額の推移をみると、いずれの年度においても甲社製原告製品に係る当該利益額を大きく下回っていること（別表 2-2 及び 2-3）などの事情にかんがみれば、OEM3 社が原告にもたらす経済的利益の実質に関する原告の上記主張にも一応の合理性を認めることができ、原告において OEM3 社が製造する原告製品を販売することによって得られる単位数量当たりの利益額の平均販売単価に対する割合をもって、相当な実施料率算定の指標とすることができるものというべきである。」と判示している<sup>(19)</sup>。

(4) 特許発明が被告製品の一部である場合は、寄与率を考慮して実施料率を算定している裁判例が多い。

例えば、東京地裁平成 21 年 9 月 15 日判決・平成 18 年(ワ)第 21405 号「回転式加圧型セパレータをそなえた粉碎機事件」で裁判所は、「粉碎機における本件発明

の寄与率を考える場合に、分級部に関連する部材の原価のみを基礎とするのは相当でない。また、被告は、本件発明の代替技術が多数存在する旨主張する。しかしながら、パッキンその他のシール方法を用いることが、本件発明の代替技術であるといえるまでに完成された手段であるのかについては、立証がない。さらに、被告は、原告と被告とでは、顧客層や市場が異なる旨主張するものの、甲第 49 号証によれば、原告には、国内外を問わず、多数の堅型ミルの納入実績があることが認められる。以上で検討したところを総合考慮すると、粉碎機に対する本件発明の寄与率としては、30%が相当である。」と判示している<sup>(20)</sup>。

平成 10 年改正法施行直後の裁判例では、改正前の裁判例と比較して、特許発明の技術内容、被告製品販売への寄与等を考慮して妥当な実施料相当額を算定しようとするものが多くなってきているが、過去の実施許諾料率・業界の実施料率等をそのまま採用したものの、特許発明の寄与率と実施料率のバランスを考慮したと思われるもの、具体的な理由を示さずに実施料率を算定しているものもある。

これに対して最近の裁判例では、特許権者等が過去に実施許諾した例が存在する場合は当該許諾における実施料率を基準に、過去の許諾例が存在しない場合は被疑侵害者製品と同様または類似する製品の他社の実施許諾における実施料率を基準に、特許発明の価値、被疑侵害者の事情等の考慮要素を参酌して実施料率を増減している裁判例が多く、特許発明の価値や、当事者の業務上の関係、侵害者の得た利益等の訴訟当事者間において生じている諸般の事情を考慮して、実施料相当額を算定しようとする姿勢がみえる。

しかし、実施料相当額を算定する際に、過去の実施許諾の例、被疑侵害者製品と同様または類似する製品の実施許諾の例を参考にすることが妥当なのかが問題となる。また実施許諾の例を参考にする場合の位置付けも問題となる。更に、被疑侵害者の事情を考慮して実施料率を増減することが妥当なのかも問題となる。

そこで、上述した問題点を考慮しつつ特許法 102 条 3 項における実施料相当額の算定方法に若干の考察を加えてみる。

### 3. 「実施料相当額」の算定方法

3. 1 特許法 102 条 3 項の規定の性質については、

不法行為法の基本的枠内における損害の額として法定されたものであると解するのが通説である<sup>(21)</sup>。通説と同様に、不法行為法の基本的枠内における損害額の計算規定であると解しつつ、本条項は、特許権侵害の場合の損害額の証明が困難であることに鑑みて、特許権の侵害行為があれば常に最低限度の実施料相当額の損害の発生があるものとみなした規定であり、損害の発生をも擬制したものと解する説と<sup>(22)</sup>、特許法が 102 条の規定を設けたのは、「現実には被害者が被った損害額の立証の困難性」の緩和策に過ぎず、損害の発生までも擬制したものではないとする説がある<sup>(23)</sup>。前者の説によると、3 項は、損害額のみならず損害の発生も擬制するものであるから、特許権者が全範囲について専用実施権を設定しても、実施料相当額の損害賠償を認容すべきであり、損害の発生は抗弁とならないことになるのに対し、後者の説では、この規定の適用はなく、被告の抗弁事由となる。

係る通説に対して、「公開の代償としての独占権の付与という特許・実用新案権の社会経済的な性質から、本項により、実施料相当額の限度での損害発生、侵害行為との因果関係を抽象的な擬制を与えて損害発生の根拠とした、不法行為としては特許法独自の規定とみてよい」と解する説<sup>(24)</sup>、「侵害行為による特許の利用可能性の喪失をもってただちに損害ありとみなすこととし、それに対する適正な対価、すなわち特許の利用価値を賠償額にすると定めていることになる」として、本条項は民法の不法行為における逸失利益とは異なるものであり、特許法の趣旨を貫徹するために定立した規範的損害概念であると解する説がある<sup>(25)</sup>。

具体的特許発明の価値を反映した額の賠償を認めることができ、「損害し得」の状況を回避するという平成 10 年改正法の趣旨を実現できる「市場機会の利用可能性の喪失」を規範的損害概念とする説が妥当であると解される<sup>(26)</sup>。

3. 2 「市場機会の利用可能性の喪失」を損害概念として、実施料相当額の算定方法について検討を加えてみる。

(1) 特許権者等が特許発明を用いた製品の製造販売を予定していたが、被疑侵害者製品により製造販売を中止せざるを得なくなった場合、特許権者等が特許権を活用する機会を喪失した損害額(実施料相当額)は、特許法 102 条 1 項に規定する損害額<sup>(27)</sup>と同様なものと考えられるので、「被疑侵害者製品の譲渡数量×特

許権者等が製造販売を予定していた製品の単位数量当たりの利益の額」を実施料相当額とする算定方法を採用できると解される<sup>(28)</sup>。

(2) 実施料相当額を算定する際の考慮事項

① 特許権者等が過去に実施許諾した例がある場合の当該実施許諾における実施料率、過去に実施許諾した例がない場合の被疑侵害者製品と同種製品の実施料率を参酌すべきかが問題となる。

過去の実施許諾における実施料率、被疑侵害者製品と同種製品の実施料率に囚われると、平成 10 年改正法において『通常』の文言を削除した意義が失われる虞れがある。一方、特許権者等の主張する実施料率をそのまま認めるのでは、特許権者等の保護が過大になり、予測可能性も低下する。過去の実施許諾における実施料率、被疑侵害者製品と同種製品の実施料率を考慮要素とすることは妥当であるが、問題となるのはその位置づけである。

すなわち、裁判例のように、過去の実施料率等を基準にして特許発明の価値等により実施料率を増減させるのか、それとも過去の実施料率等を下限とするのかである。

思うに、過去の許諾時における実施料率、被疑侵害者製品と同種製品の実施料率は、何らかの制限（時期的、地理的、用途的制限等）及び不利益（最低保証料の支払い、一定理由を除いて契約解除ができない、特許が無効化されても実施料の返還を受けられない等）を伴う実施許諾であるのに対して、被疑侵害者の特許発明の実施は、何の制限、不利益を伴わない自由な実施である。

したがって、正当な実施権者に対する被疑侵害者の有利な点を斟酌し、被疑侵害者に対して、常に正当なライセンサーに対する実施料率よりも高率であるべきと解される<sup>(29)</sup>。

以上の理由により、特許権者等の過去の実施許諾における実施料率、被疑侵害者製品と同様または類似する製品の実施料率は、実施料相当額を算定する際の下限值として位置付けるべきであると思われる。

② 実施料相当額算定の参考資料を何にするかが問題となる。

特許権者等が実施許諾をしている場合は、当該実施権者が製造販売している製品の利益額を販売単価で除した値を実施料率として、被疑侵害者が販売する侵害品の数量に当該実施料率を乗じて実施料相当額を算定

するのが妥当であると解される。被疑侵害者の侵害品の販売により実施権者の市場での販売が阻害され、特許権者等の特許権の利用機会が喪失したと考えられるからである（前掲・東京地裁・平成 19 年(ワ)第 507 号「飛灰中の重金属の固定化方法及び重金属固定化処理剤事件」の判決と同様の考え方）。

特許権者等が実施許諾をしていない場合は、被疑侵害者の利益額が実施料相当額を算定する際の重要な参考資料となる。被疑侵害者は、市場において特許権を利用している唯一の存在であるため、被疑侵害者の利益額以外に重要な参考資料となるものは考えられないからである。実施料相当額の算定は、被疑侵害者利益額を基準に、当該利益額を権利者と被疑侵害者との間でどの程度分配すべきかを判断することになる<sup>(30)</sup>。すなわち、被疑侵害者が得た利益額が、特許権者がライセンス許諾料として獲得可能な最大値<sup>(31)</sup>であり、この利益額をどのように分配<sup>(32)</sup>するかは、権利者のライセンス戦略<sup>(33)</sup>・被疑侵害者のビジネス戦略を総合的に考慮して、裁判所が決定することになる。

③ 裁判例では、特許発明の技術的価値・経済的価値・侵害製品に占める特許発明の重要性（購入動機）等の特許権者側に有利な事情、被疑侵害者の販売促進の努力・市場占有率の高さ・知名度の高さ等の被疑侵害者側に有利な事情を総合考慮して実施料率を増減しているが<sup>(34)</sup>、そもそも被疑侵害者に有利な事情を考慮すべきかが問題となる。

確かに、被疑侵害者の販売促進の努力・市場占有率の高さ・知名度の高さ等の被疑侵害者側に有利な事情を考慮して実施料相当額を算定することは、特許権者と被疑侵害者の衡平に配慮することになり、予測可能性も高まるとも言える。

しかし、被疑侵害者側に有利な事情を考慮するということは、平均的な実施権者を想定して被疑侵害者と比較し、平均的な実施権者の実施料に近づけることになり、平成 10 年改正法で『通常』の文言を削除した意義が失われる。また、そもそも平均的な実施権者を想定すること自体に無理があるとも言える。更に、特許権侵害という違法行為をした被疑侵害者を有利に取り扱う理由はない<sup>(35)</sup>。

したがって、実施料相当額の算定に際して、被疑侵害者側に有利な事情を考慮する必要はないと解される。

④ 裁判例において、実施料相当額の算定に際して考慮した特許権者側に有利な事情として、特許発明の技

術的・経済的価値の高さ・重要性、特許権者等による実施状況又はその計画、侵害品における特許発明の技術的・経済的意義の重要性、侵害による特許権者等の損害の大きさ等がある<sup>(36)</sup>。

実施料相当額の算定は、特許権者等が過去に実施許諾していた場合の実施料率又は被疑侵害者製品と同種製品の実施料率を下限、被疑侵害者の利益額を上限とし、特許権者側の事情を総合考慮して当該利益額を特許権者等と被疑侵害者との間でどの程度分配すべきかを判断することになる。

そこで、特許権者側の事情をどのような観点から考慮すべきかが問題となるが、「市場機会の利用可能性の喪失」を損害概念と考えると、特許発明が被疑侵害者製品の販売に貢献した度合いが重要になってくる。顧客が被疑侵害者製品を購入した動機が特許発明の作用効果等と密接に関係しているのであれば、特許発明の貢献度は大きく、特許権者等の「市場機会の利用可能性の喪失」も大きいと考えられる。これに対して、顧客の購入した動機が特許発明の作用効果等と全く関係がないとすれば特許発明の貢献度は小さく、特許権者等の「市場機会の利用可能性の喪失」も小さいと考えられる（前掲・知財高裁平成 23 年(ネ)第 10002 号「切餅事件」における実施料率算定の際の考慮要素と同様な考え方）。

顧客の購入動機に関するデータは、製品を製造販売している被疑侵害者が保有している場合が多い<sup>(37)</sup>ので、特許権者等が立証するのは困難が伴う。係る場合は、特許発明の作用効果の大きさ、代替手段の有無、特許発明と代替手段とのコスト・効果等の比較を行い、特許発明が被疑侵害者製品の販売に貢献した度合いを推認することになる。

#### 4. おわりに

特許法 102 条 3 項に規定する「特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額（実施料相当額）」の算定方法について、裁判例の分析を行い算定方法の提案を試みた。平成 10 年改正法で『通常』の文言が削除された後の最近の裁判例では、特許権者等が過去に実施許諾した例が存在する場合は当該許諾における実施料率を基準に、過去の許諾例が存在しない場合は被疑侵害者製品と同様または類似する製品の他社の実施許諾における実施料率を基準に、特許発明の価値、被疑侵害者の事情等の考慮要素を参酌して実施料率を増減している

裁判例が多く、特許発明の価値や、当事者の業務上の関係、侵害者の得た利益等の訴訟当事者間において生じている諸般の事情を考慮して、実施料相当額を算定しようとする姿勢がみえる。

しかし、実施料を算定する際に、過去の実施許諾の例、被疑侵害者製品と同様また類似する製品の実施許諾の例を参考にすることの当否とその位置付け、実施料率を増減する場合の考慮要素とその観点について、裁判所は明確な判断を示しているとは思われない。これらの点については、今後の裁判所の判断を待つことになる。本稿で提案した実施料相当額の算定方法が少しでも参考になれば幸いである。

#### 注

- (1) 工業所有権制度改正審議室編『平成 10 年工業所有権法の解説』24 頁。
- (2) 吉澤敬夫「特許法 102 条 2 項・実施料相当額の請求」『知的所有権をめぐる損害賠償の実務』別冊 NBL No.33 25～33 頁。
- (3) 東京地裁平成元年 10 月 13 日判決・昭和 61 年(ワ)第 2816 号・判例工業所有権法 5473 の 37 頁。実用新案権についての、実用新案法 29 条 2 項（現行 29 条 3 項）の適用を認めた裁判例。
- (4) 同様の裁判例として、東京地裁平成元年 10 月 13 日判決・昭和 60 年(ワ)第 13677 号「勾配自在形プレキャストコンクリート事件」、東京地裁平成 5 年 7 月 14 日判決・昭和 63 年(ワ)第 4381 号「洗濯くず捕集器事件」、大阪地裁平成 2 年 2 月 20 日判決・昭和 62 年(ワ)第 2422 号「包装兼備の海苔巻きお握り製造具事件」、大阪地裁平成 3 年 5 月 27 日判決・昭和 58 年(ワ)第 1371 号「二軸強制混合機事件」等がある。
- (5) 「国有特許権実施許諾契約書」に規定されている実施料率算定方法では、 $実施料率 = 基準率 \times 利用率 \times 増減率 \times 開拓率$  で求めている。

基準率、利用率、増減率、開拓率は以下のように求める。

「基準率」

- ① 実施価値上のもの：4%
- ② 実施価値中のもの：3%
- ③ 実施価値下のもの：2%

「利用率」

発明がその製品に占める割合であって発明がその製品の全部であるときを 100%とする

「増減率」

100%を基準とするが、次の場合は 50%以内で増減する。

- ① 公益上特に必要であるとき
- ② 実施価格が特に大であるか小であるとき
- ③ 既に実施され相当高度に実用化されたものを更に他の実施に許諾するとき
- ④ その他特殊の事情があるとき

「開拓率」

- 100%を基準とするが、次の場合には 50%以内で減ずることができる。
- ① 工業化研究に多額の費用を要するとき
  - ② 普及宣伝に多額の費用を要するとき
- (6) 同様の裁判例として、東京地裁平成 6 年 3 月 31 日判決・平成元年(ワ)第 9971 号「位置合わせ装置方法事件」、東京地裁平成 6 年 7 月 29 日判決・平成元年(ワ)第 3746 号「湿式精米装置事件」、大阪地裁平成元年 4 月 24 日判決・昭和 60 年(ワ)第 6851 号「製砂機のハンマー事件」、大阪地裁平成元年 8 月 30 日判決・昭和 60 年(ワ)第 5558 号「熱プレス事件」等がある。
  - (7) 同様の裁判例として、名古屋地裁平成 4 年 7 月 24 日判決・昭和 62 年(ワ)第 4329 号「電子自動海苔濃度調整機事件」がある。
  - (8) 弁論の全趣旨により実施料相当額を認定した裁判例として、大阪地裁平成 4 年 4 月 28 日判決・昭和 63 年(ワ)第 5570 号「物品搬送装置事件」、名古屋地裁平成 4 年 12 月 16 日判決・平成 2 年(ワ)第 3908 号「フラッシュパネル用芯材事件」等がある。
  - (9) 裁判例は、青柳吟子「損害賠償(102条)」中山信弘編『注解特許法(第三版・上巻)』1084 頁以下を参考にして、最高裁ホームページ等から筆者が調査したものを基準に分析している。
  - (10) 同様の裁判例として、東京地裁平成 16 年 3 月 16 日判決・平成 15 年(ワ)第 14687 号「データ転送方式・半導体装置の製造方法事件」、大阪地裁平成 16 年 7 月 28 日判決・平成 14 年(ワ)第 13022 号「パイプ曲げ加工方法・パイプベンダー事件」等がある。
  - (11) 同様の裁判例として、大阪地裁平成 11 年 7 月 6 日判決・平成 6 年(ワ)第 13506 号「包装用トレー事件」がある。
  - (12) 同様の裁判例として、発明協会研究所編『実施料率(第 4 版)』の技術分野の統計的実施料率を参考にして実施料相当額を算定した、東京地裁平成 12 年 8 月 31 日判決・平成 8 年(ワ)第 16782 号 CIPIC ジャーナル 106 号 67 頁「レンズ付きフィルムユニット事件」、大阪地裁平成 13 年 10 月 9 日判決・平成 10 年(ワ)第 12899 号・平成 11 年(ワ)第 13872 号「電動式パイプ曲げ装置事件」等がある。
  - (13) 同様の裁判例として、東京地裁平成 13 年 10 月 30 日判決・平成 11 年(ワ)第 14338 号「揺動クランプ事件」がある。
  - (14) 同様の裁判例として、大阪地裁平成 14 年 4 月 25 日判決・平成 11 年(ワ)第 5104 号「実装基板検査位置生成装置事件」がある。
  - (15) 同様の裁判例として、東京地裁平成 12 年 3 月 24 日判決・平成 9 年(ワ)第 28053 号・平成 11 年(ワ)第 6389 号「大腿骨近位部骨折固定器具事件」、大阪高裁平成 16 年 7 月 14 日判決・平成 15 年(ネ)第 1504 号「純粋二酸化塩素液剤事件」等がある。
  - (16) 裁判例は、最高裁ホームページから筆者が調査したものを基準に分析している。
  - (17) 同様の裁判例として、大阪地裁平成 25 年 10 月 24 日判決・平成 23 年(ワ)第 15499 号「蓋体及びこの蓋体を備える容器事件」、東京地裁平成 25 年 9 月 26 日判決・平成 19 年(ワ)第 2525 号・平成 19 年(ワ)第 6312 号「接触操作型入力装置およびその電子部品事件」、東京地裁平成 24 年 2 月 7 日判決・平成 20 年(ワ)第 33536 号「医療器具の安全装置事件」等がある。
  - (18) 補償金請求権における実施料率算定のケースであるが、特許発明の作用効果を重視して実施料率を算定した裁判例として、大阪地裁平成 25 年 1 月 17 日判決・平成 23 年(ワ)第 4836 号「二酸化炭素含有粘性組成物事件」がある。
  - (19) 当該裁判の控訴審(知財高裁平成 23 年 12 月 22 日判決・平成 22 年(ネ)第 10091 号)でも同様の方法で実施料率を算定している。
  - (20) 同様の裁判例として、知財高裁平成 22 年 7 月 20 日判決・平成 19 年(ネ)第 10032 号「熔融金属供給用容器事件」、知財高裁平成 24 年 3 月 22 日判決・平成 23 年(ネ)第 10002 号「切餅事件」、東京地裁平成 25 年 9 月 12 日判決・平成 23 年(ワ)第 8085 号、第 22692 号「洗濯機事件」がある。
  - (21) 吉原省三「特許権侵害による損害賠償請求訴訟の要件事実」石黒先生追悼論集『無体財産権法の諸問題』189 頁等。
  - (22) 織田季明＝石川義雄『増訂新特許法詳解』370 頁等。
  - (23) 竹田 稔『知的財産権侵害要論(特許・意匠・商標編・改訂版)』292 頁。
  - (24) 船本信光＝井上繁規『特許訴訟の実務』113 頁。
  - (25) 田村善之『知的財産権と損害賠償[新版]』214 頁。
  - (26) 茶園茂樹「特許権侵害による損害賠償」ジュリスト 1162 号 52 頁。
  - (27) 特許法 102 条 1 項は、「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量(以下この項において「譲渡数量」という。)に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。・・・」旨規定している。
  - (28) 特許権者が製品を製造販売しており、当該製品の代替技術に係る特許権を有している場合に、被疑侵害者が当該特許権を侵害しているときも同様な算定法で特許法 102 条 3 項の実施料相当額を請求できると解されるが、このようなケースでは、特許法 102 条 1 項または 2 項の適用が考えられる。したがって、本稿では特許権者が製品の製造販売を行っていない場合の実施料相当額の算定方法を検討するに留める。
  - (29) この点に関して飯塚弁護士は、「ドイツの判例法下において認められている実施許諾類型の算定方法に関する最新の学説の動向及び KraBer による「市場機会論」に基づいて、102 条 3 項の実施料算定基準として、①正当な実施権者に対する侵害者の有利な点を斟酌し、侵害者一般に対して、常に正当なライセンスに対するよりも高率でなければならない、②「損害」の概念としては、侵害者が市場における需要を充足すると権利者は市場機会を不可逆的に喪失し、その市場機会の喪失をもって権利者の損害と考える KraBer の「市場機会論」が導入されるべきであり、かかる損害概念によれ

ば、(イ)実施料支払いの負担がない、あるいは商品品質について特許権者から規制を受けていなかった、あるいは開発費が低廉で済んだ、との理由により正規品に比較してより低価格での参入が可能となっている場合、(ロ)正規品と同じ価格であっても、実施料負担がない、あるいは開発費用が低廉で済んでいるためより高品質の商品を市場に参入させている場合には、市場機会を喪失する危険がより大きいため、侵害者一般に認められるべき上記①の実施料率の増加に加えて更に高率の実施料を認めることができる」との見解を述べている(飯塚卓也「改正特許法における実施料相当損害賠償規定の解釈に関する一誌論(下)ドイツ特許法との比較において」NBL No.642 25~26 頁)。

(30) 特許権の価値がどの程度であるかは、侵害者利益で判断するのが最も確実な方法(現実に特許権を活用して利益をあげている)である。この利益を基準に、侵害者製品への特許権の寄与度・侵害であること等を考慮して、分配額を決定することになる。

(31) 「侵害者利益額が、ライセンス許諾料の最大値である」という解釈は、一見奇妙なようにも思われるが、企業のビジネス戦略からは決して奇妙なことではない。例えば、ある特許権のライセンスの許諾を受けて、当該特許権に係る製品を販売しているが、当該製品の販売による利益は重視しておらず、その製品に用いられる消耗品の売り上げによる利益獲得が目的である場合は、当該特許権に係る当該製品の利益額全額をライセンス許諾料として支払うという選択もあり得る(例えば、特許権に係る製品としてインクジェット・プリンターを販売している場合の、消耗品としてのインクがこれに相当する)。

(32) 専優美「実施料額の算定方法」パテント 11 巻 3 号 6 頁は、「実施料の額は、あくまでも実施権者が、その製品に対し社会的評価において正当とされる価格を維持し、しかもその事業

遂行上過剰な負担とならない限度において定められなければならないことは、実施料決定のうえでの根本的要請である。」と述べ、この要請を満たすためには、実施料額は、実施権者が実施によって得る純利益額を基にして定められるべきであるとしている。純利益額を基にした実施料額算定方式について、「この純利益は、特許発明のみにより生じたものではなく、その事業の基礎である資金及びその企業体のもつ社会的信用、運営者の手腕、企業体における技術者の技能等の相乗的力によるものである。」として、この資金、営業能力及び特許発明への純利益額の各帰属比をそれぞれ a, b, c とすれば、純利益額を G として、実施料額 L は、次式によって算定されると結論している。

$$L = G \times c \div (a + b + c)$$

また、山田一男「実施料額の算定方法について—純利益三分方式の展開—」パテント 14 巻 12 号は、専優美の提唱した純利益三分方式を発展させて、更に詳細な分配方式を提案している。

(33) 清川寛『知的財産研究叢書 5・プロパテント競争政策』5 頁~28 頁は、権利者不実施の場合におけるライセンス戦略に応じて実施料額を算定する方法を提案している。

(34) 裁判における実施料増減の考慮要素については、特許第 2 委員会第 2 小委員会「特許法 102 条 3 項により算定される損害賠償金額の予測可能性」知財管理 Vol.64 No.2 2014 219 頁~235 頁が詳しい。

(35) 飯塚卓也「改正特許法における実施料相当損害賠償規定の解釈に関する一誌論(上)」NBL641 30 頁。

(36) 前掲注 33)235 頁、別表 2。

(37) 新製品を市場導入したときに、企業は、当該製品を購入した顧客に購入動機を含むアンケート調査を行うのが通常である。

(原稿受領 2014. 10. 3)